

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE GESTAÇÃO EM ÚTERO ALHEIO: O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Victoria de Souza Silva¹
Fábio de Oliveira Vargas²

Resumo

O estudo a seguir apresenta a análise da técnica de reprodução através da cessão do útero. Utilizando-se do método dedutivo e interpretativo de pesquisas bibliográficas, tem por objetivo demonstrar que em alguns pontos, o direito não acompanha a ciência. A barriga solidária, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, significa cessão do útero para gestação de criança de outrem, e é um exemplo de que, em comparação com a ciência, o direito mostra-se retrógrado. A “nova modalidade” de se conceber um filho, carece de um respaldo jurídico e coloca em risco direitos fundamentais do indivíduo. A gestação por substituição, representa uma alternativa ao direito fundamental do livre planejamento familiar. Poderia ser contemplado como um contrato atípico e de caráter não patrimonial, atribuindo à gestante a obrigação de entregar a criança, e aos autores do projeto parental, a obrigação de tutelar a mesma. O contrato se finda quando a filiação é estabelecida aos autores do projeto. O estudo terá como principal resultado, a demonstração de que a gestação por substituição engloba diversas realidades e já vigora nos dias atuais, exigindo que o Estado proporcione garantias as partes do contrato, seja aos autores do projeto parental, à gestante por sub-rogação e ao nascituro. Ademais, será feito um comparativo com o ordenamento jurídico estrangeiro, demonstrando o quão obsoleto está o sistema legislativo brasileiro em confronto ao tema.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; barriga de aluguel; gestação por substituição; cessão do útero.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNIVERSO Juiz de Fora - MG, 2022;

² Doutor em Linguagem pela UFF; Mestre em Direito pela Unincor; Docente do curso de Direito do CentroUniversitário UNIVERSO Juiz de Fora - MG, 2022.

1 Introdução

Entende-se como gestação por substituição, a ação da mulher em prover um bebe e entregá-lo à pessoa ou casal requerente, autores do projeto parental. O presente trabalho de conclusão de curso, tem por objetivo explorar a temática barriga solidária, popularmente conhecida como barriga de aluguel, sob a perspectiva do direito de família brasileiro, amparando-se em normas, referências teóricas e entendimento do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina é o único dispositivo que versa sobre a barriga solidária. Devido a essa omissão legislativa acerca da temática, faz-se mister procurar na doutrina e na jurisprudência entendimentos para resolução das várias polêmicas que a matéria pode gerar. O presente trabalho introduzirá a temática, abordando conceitos, explorando as problemáticas, apresentando questionamentos causados devido à ausência de regramento sobre a prática no Brasil e oferecendo um breve comparativo sobre o ordenamento em outros países.

O procedimento com viés lucrativo é de expressa proibição na legislação brasileira. De forma breve, será contemplado nesse trabalho, uma reflexão sobre a prática ser realizada com remuneração à gestante contratada, utilizando do direito comparativo com a legislação internacional.

2 Metodologia

A metodologia utilizada para elaboração desse trabalho foi a pesquisa documental e bibliográfica de objetivo exploratório e descritiva. Através da fundamentação teórica, obtida pela análise bibliográfica em documentos, artigos, livros, textos em meio virtual de domínio público e principalmente com a legislação brasileira, foi possível desenvolver o estudo e levantar informações sobre o tema.

A sistemática do texto foi dividida de forma didática em dois capítulos. Inicialmente, visa-se estabelecer o tema de forma introdutória, abordando a importância da procriação para o instituto de família, contextualizando historicamente os preceitos religiosos e éticos sobre a matéria, apresentando o avanço da tecnologia medicinal nessa área e conceituando a técnica de gestação solidária.

No segundo capítulo, tem-se por objetivo descrever a atual normativa sobre o conceito da gestação solidária como contrato, apresentando pontos de vista a favor e contra, e fazer um comparativo entre o ordenamento jurídico brasileiro e sistemas jurídicos de outros países.

3 Desenvolvimento

3.1 Técnicas De Reprodução Humana Assistida

Num primeiro momento, é viável contemplar o significado da expressão “reprodução assistida”. O termo refere-se a técnicas de intervenção médica sobre o processo natural de fecundação, ou seja, o processo não será realizado através do ato sexual.

No rol de reprodução humana assistida confere-se como principais técnicas: a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e as chamadas "mães de substituição". Quanto ao material, há a distinção entre as expressões: homóloga, *post mortem* ou heteróloga.

3.1.1 Inseminação artificial e Fertilização *in vitro*

Como já previamente esclarecido, a reprodução homóloga ocorre quando utiliza-se material biológico dos pais (espermatozoide, óvulo ou embrião), ou seja, independente da doação de material de um terceiro. Heterólogo, por sua vez, consiste na utilização de gametas de terceiro. Pode, a reprodução assistida homóloga ser realizada *post mortem*, quando ocorre a manipulação do material biológico do cônjuge pela mulher viúva.

Rodrigues e Pellizzoni (2020, *online*) compreende-se elaboram sobre a reprodução *post mortem* que “aplicação deste tipo de técnica é limitado em casos de doenças graves ou estado terminal do marido, e fecundado em sua esposa apenas após a morte dele, sendo possível que um homem que apresentou riscos de esterilidade preserve sua fertilidade.”.

Quando em reprodução heteróloga, conforme Resolução CFM nº 2.294/21, do Conselho Federal de Medicina, há prévia disposição sobre a doação de gametas e embriões, sendo proibido o caráter lucrativo e primordial o sigilo da identidade do doador.

Relacionado a técnicas, o Coelho et al. (2022), explica que o procedimento da inseminação artificial é intracorpóreo pois consiste em introduzir o material biológico do

homem diretamente no útero da mulher, diferenciando-se da fertilização *in vitro* que é um procedimento extracorpóreo de fecundação, ou seja, fora do útero da mulher, onde o material feminino e masculino é unido em laboratório.

José Ommati (1998) versa para A Revista de Informação Legislativa quanto o que vulgarmente se denominou “mães de substituição”:

Convém ressaltar que não se trata de uma técnica biológica, mas sim da utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião, durante o período de gestação, pela impossibilidade física de a mulher que recorreu aos Centros de Reprodução suportar o período gestacional (OMMATI, 1998, *online*)

3.1.2 Gestação por substituição

Maria Berenice (2016, p. 227) e em sua obra esclarece que “gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida “barriga de aluguel”.

Venosa (2004) explica a gestação por substituição como a incapacidade de a mulher gestar seu próprio filho (a) em razão de diversos fatores limitantes como: dificuldade de produzir óvulos, ausência uterina ou útero impróprio para gestar.

A doutrina estabelece diferença entre mãe portadora e mãe por substituição.

Segundo Marise Cunha (2010 p. 356), a gestação de substituição ocorre quando “há a fertilização *in vitro* e a mulher doadora do material genético possui algum problema que faz com que seu útero não seja apto a gerar o embrião”. Nesse cenário, o embrião se desenvolverá no útero de uma mãe hospedeira.

Isso significa que, através da fertilização *in vitro*, o material biológico do casal é unido em laboratório, contudo, devido a indisposição da mãe biológica em dar continuidade à gestação, o embrião é inserido no útero de outra mulher. Ou seja, a gestante é tão somente portadora do embrião fecundado em laboratório, alheio ao seu material genético. Justamente nessa modalidade, considerada maternidade solidária, são abertas diversas discussões acerca de quem será a detentora de direitos e obrigações como mãe de fato, a mulher portadora ou a mulher que disponibilizou seu material genético.

A expressão mãe de substituição, remete a mulher responsável não apenas por ceder seu útero, mas também o seu óvulo. Nesse cenário, será inseminada com o material genético do companheiro de outrem. Dessa forma, além de ser gestante, será também genitora da criança.

Para esse cenário, Machado (2011) pontua:

No caso da mãe substituta, a situação diverge da mãe portadora e de aluguel, porque, além de emprestar o seu útero, também doará o seu óvulo. (...) Na verdade, a criança nascida da mãe portadora possui duas mães: uma mãe ovular e uma mãe uterina. Da mãe ovular o nascido recebeu a metade do seu patrimônio genético, e da mãe que o carregou durante os nove meses em seu ventre, recebeu todas as informações nervosas, hormonais e humorais, muito importantes na sua constituição e desenvolvimento intrauterino (MACHADO, 2011, p. 52 e 53)

Aos casais homoafetivos, a Clínica Huntington Pró-Criar (2021) ilustra que, para casais de homens, a situação é um pouco mais complexa. Isso por que eles deverão encontrar uma hospedeira do embrião para levar adiante a gestação. O óvulo será obtido de uma doadora anônima e o casal decide, entre si, quem fornecerá os espermatozoides para a fertilização *in vitro*.

Já para casais de mulheres, a Clínica Huntington (2021) explica:

Em ambos os casos, é necessário que a coleta de espermatozoides no banco de sêmen seja realizada. Ambas participam da gravidez ativamente – a decisão de como o processo será realizado fica por conta do casal e, claro, devem ser levados em conta fatores biológicos de cada parceira. Uma das mulheres poderá ter seu óvulo fecundado pelo espermatozoide doado e ela mesma continuar a gravidez; ou o óvulo fecundado de uma pode ser colocado no útero da parceira que vai engravidar, permitindo que as duas tenham participação no processo. (HUNTINGTON PRÓ-CRIAR, 2021, *online*)

Há ainda, uma hipótese de maior complexidade, quando ocorre a integração de uma terceira pessoa na relação. Considera-se o seguinte: a) mulher que carrega a criança por nove meses, b) mulher que doa o óvulo, c) mulher autora do projeto parental, que recorreu ao centro de reprodução artificial.

Para essa terceira hipótese, Machado (2011) questiona:

Surge daí uma pergunta: diante da possibilidade de existirem três mães, quem é a verdadeira mãe: a mãe social? A mãe biológica? Ou a mãe portadora? Com o uso desta técnica de procriação, teríamos três categorias de mães: a mãe genética, que é a mãe que produz os óvulos (biológica); a

mãe portadora ou gestora, que carrega a criança no ventre até o nascimento, e a mãe que ficará com a criança. (MACHADO, 2011, p. 53).

Através do terceiro cenário, existe ainda a possibilidade de os espermatozoides serem de um doador anônimo, no caso de infertilidade de ambos. Assim, o material genético da criança não será nem do casal solicitante, nem da cedente do útero.

Barbas (2006) observa uma hipótese de contribuição de até seis pessoas diferentes:

Podemos hoje falar numa tridimensionalidade procriativa. Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genéticos (dador de espermatozoides/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos (BARBAS, 2006, p. 145).

3.2 Ordenamento Jurídico para Cessão do Útero

3.2.1 *Mater sempre certa est*

Os pensamentos desdobram-se em duas nas correntes acerca da maternidade jurídica. Uma delas, associa-se ao dogma “*mater sempre certa est*”, que defende como mãe aquela que deu à luz a criança. O segundo pensamento baseia-se em laços afetivos e na permissão constitucional do livre planejamento familiar.

Acerca desse tema, a Juíza de Direito, Marise Cunha (2010), contextualiza:

Vale lembrar que, em decorrência da estrutura da sociedade, em que havia uma hierarquização entre homens e mulheres, na qual imperava o patriarcalismo e a família legítima se constituía apenas pelo casamento, que tinha como uma das funções primordiais a procriação, mãe era sempre certa, posto que às esposas impunha-se um dever jurídico absoluto de fidelidade, além da ostensividade da maternidade. Hodiernamente, com a evolução da medicina genética, que possibilitou fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, não mais se pode conferir caráter absoluto ao dogma *mater semper certa est* (mãe pode ser a que está gerando o filho, a que forneceu o óvulo em banco de reprodução, a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa em banco de reprodução humana, ou a que forneceu o óvulo para fertilização *in vitro* com gestação de substituição). (CUNHA, 2010, p. 358)

Ou seja, na atualidade, o paradigma que declara “mãe é sempre certa”, seria equivocado ao ser tratado como verdade absoluta. Cunha (2010) ainda aduz que enquanto houver ausência de legislação específica sobre o assunto, a sentença sempre será árdua pois,

envolve questões éticas e morais, além de sentimentos, expectativas e problemas psicológicos das partes.

O contrato de obrigação entre a mãe biológica, mãe social e mãe portadora, corresponde “negócio jurídico de comportamento, assumindo a gestante uma obrigação de fazer que culmina com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho.”. (DIAS, 2016, p. 228)

A relação gera conflitos entre a mulher gestante e da mulher autora para dois sentidos a) quando há interesse de ambas sobre a guarda da criança e b) quando nenhuma delas tem interesse em alimentar um vínculo afetivo com a criança. Cunha (2010, p. 260) exemplifica o segundo cenário “o que pode ocorrer, por ex., quando a criança nasce com algum problema, alguma má-formação”.

3.2.2 Filiação socioafetiva

O desenvolvimento sadio da personalidade das crianças e adolescentes é dever solidário não só do Estado e da sociedade, mas também da família, na figura dos genitores, ou responsáveis que exerçam o poder-dever, que é a autoridade parental.

O princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável são fundamentos da Constituição Federal de 1988, expostos pelo artigo 226, §7º, que garante a toda e qualquer pessoa, liberdade sobre o planejamento familiar em relação à quando, como e quantidade de filhos, sem qualquer interferência de terceiros, inclusive do Estado.

A Constituição Federal, através do artigo 226 também se libertou do entendimento de que família digna de proteção estatal é somente aquela constituída pelo casamento. Isso, ao reconhecer como “entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Nessa seara, pelo artigo 227, §6º, a Constituição Federal defende que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer distinções discriminatórias relativas à filiação. Em tempo, admite:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Álvares (2017) declara sobre a filiação:

A filiação natural ou biológica, matrimonial ou extramatrimonial, tem origem na consanguinidade, estabelecendo-se a filiação pelos laços de sangue entre os pais e filhos. O direito pressupõe, atualmente, que a filiação natural origina-se de relações sexuais entre um homem e uma mulher, que são seus pais, ou mediante reprodução medicamente assistida homóloga, utilizando-se o material genético do próprio casal. A filiação civil, por outra origem, diversa da biológica, vem sofrendo constante valorização, reconhecendo que a paternidade/maternidade natural é insuficiente se, ao mesmo tempo, não existir afeto, ou seja, a relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, mas na relação socioafetiva, que supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentos, lazer, educação, afeto e amor. A filiação por outra origem é, portanto, aquela sem origem genética, construída pelo afeto, pela convivência, pelo nascimento emocional e psicológico do filho que enxerga naqueles com quem convive e recebe afeto seus verdadeiros pais. (ÁLVARES, 2017, *online*)

Nessa mesma linha de pensamento, é possível considerar que a criança concebida através da gestação por substituição, será detentora dos mesmos direitos relacionados a filiação. Enquanto isso, os autores do projeto parental, mesmo desligados da disposição de elo biológico, poderão ser presumidos pais através do conceito de filiação socioafetiva. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (apud, DIAS, 2016, p. 233), “é uma espécie de adoção de fato.”.

3.2.3 Contrato de gestação solidária

Não há previsão expressa na legislação brasileira que proíba a mulher de ceder seu útero para gestação de criança alheia. Somente através da Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina é possível ter um parâmetro moral e ético acerca da gestação de substituição.

É compreendido de forma lícita, a gestação em útero alheio se existir “problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.” (CFM, 2021).

A resolução ainda apresenta como condição, que a cedente do útero tenha ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Não é definido expressamente se o parentesco em questão importa linha ascendente ou descendente, o que, de forma implícita, apresenta o entendimento de que ambas possibilidades são autorizadas. É previsto também autorização à mulher que não tenha parentesco com os autores do projeto, mediante avaliação do Conselho Regional.

Ademais, como já citado, a resolução proíbe a cessão em caráter lucrativo ou comercial. Isso significa que, a gestante não receberá qualquer tipo de remuneração financeira, devendo realizar o procedimento como um ato de generosidade, emprestando seu útero. Nota-se que a exigência de parentesco, disposta no item 1, visa reduzir as possibilidades de comercialização da prática.

Vale ressaltar que a gestação por substituição submete-se a Constituição Federal (§ 4º do artigo 199) e a Lei nº 9.434/97 (artigo 15), que proíbe a comercialização de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, punido com a pena de reclusão de três a oito anos e multa, incorrendo na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem na transação.

Maria Berenice Dias (2016) intervém sobre o assunto, pois apesar da redação de proibição sobre a prática lucrativa ou comercial sobre a cessão temporária do útero, o profissional pode auferir valor sobre a prática desse serviço.

Além disso, é de responsabilidade dos autores do projeto parental, garantir à mãe que cederá temporariamente o útero, acesso a tratamento e acompanhamento médico por equipes multidisciplinares até o puerpério (CFM, 2021).

“Apesar de ser um ato de solidariedade, existem custos a serem considerados para que o procedimento seja realizado, de maneira a garantir a boa saúde tanto da gestante quanto do nascituro, em suma, necessitam de consultas médicas e exames laboratoriais periódicos.” (COSTA, 2019, p. 4).

A Lei nº 11.804/08 que disciplina o direito à alimentos gravídicos tem por finalidade proteger o nascituro desde a sua concepção, garantindo-lhe saúde e segurança. Os alimentos previstos nessa normativa, compreendem valores suficientes para “cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames

complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.”.

A lei ora mencionada também determina que as despesas serão pleiteadas ao genitor do nascituro, considerando a proporção do recurso do casal. Incluindo a normativa no cenário de gestação solidária, é possível confirmar que cabe o comprometimento de remunerar aos autores do projeto parental.

Costa (2019) discorre que o comprometimento dos futuros pais em remunerar, deve ser feito com cautela, tendo em vista que se realizado sem os devidos comprovantes e pedidos médicos, pode gerar fraude. A remuneração indireta da grávida, pode ser caracterizada lucratividade ilícita.

A Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina, resolve questionamento acerca de documentos e observações que devem constar no prontuário da paciente. A resolução supramencionada impõe a apresentação em prontuário do termo de compromisso entre as partes, relatório médico, registro civil da criança e aprovação do procedimento pelo cônjuge ou companheiro(a).

Acerca de tais documentos, faz-se mister contextualizar, em um cenário ético e moral, a situação da equipe médica em meio a circunstância de gestação solidária. Nota-se que documentações escritas, incumbem obrigação a todos os envolvidos no procedimento, à equipe médica, aos autores do projeto e a cedente do útero. Tem por objetivo não somente assegurar quanto a riscos físicos inerentes ao procedimento, mas também o pelo estado psicológico de todos os envolvidos. Isso, porque, todos devem estar cientes de que o vínculo de filiação se dará entre bebê e autores do projeto parental e não com a cedente temporária do útero. É inegável que o procedimento desafia o tradicional biológico e, se não tratado com atenção, poderia causar desconforto as partes.

O Código Civil, Lei nº 10.406/02, conceitua a responsabilidade civil aplicável à conduta médica, nos artigos 186, 927, 949 e 951:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Segundo Ferreira (2017, *online*), “isto incumbe aos médicos zelar e proceder da melhor maneira com o paciente durante todo o período pré-gestacional, pós-gestacional e durante a gravidez.”. Ainda que os pacientes estejam de acordo com o procedimento, o médico não está isento de garantir à modo pleno, melhor tratamento as pessoas que vão se submeter a situação.

Quanto ao registro civil da criança gerada por reprodução assistida, através do Provimento nº 63/2017, da Corregedoria Geral de Justiça, ficou definido que pode ser realizado pela via extrajudicial, em cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. Antes, o procedimento só poderia ocorrer mediante autorização judicial.

Quando o bebe nasce pela gestação solidária, diferente da gestação natural, *in vitro* ou inseminação artificial, há a necessidade de apresentação de demais documentos. A oficial do 21º Cartório de Registro Civil de São Paulo, Giovanna Truffi (2022, *online*), diz que “em regra, deverão comparecer ambos os pais, munidos da documentação”, sendo: declaração de nascido vivo (DNV) fornecida pelo hospital/casa de parto; declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Ainda sobre o Provimento nº 63/2017, assim como a certidão de nascimento, no registro, não constarão que a criança foi gerada por técnica de reprodução assistida, e quanto à mãe de substituição, “ela não integrará o registro e nem qualquer relação de parentesco civil com a crianças por ela gerada”.

Ou seja, a família, autora do projeto parental, tem o direito e a facilidade de registrar seus filhos desde a saída da maternidade, sem necessidade de autorização judicial.

A respeito da aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a) quando em constância do casamento ou união estável, Venosa (2013, p. 245) explica que, “o denominado ‘consentimento informado’ será essencial e importante passo para a fertilização. Os cônjuges ou companheiros deverão concordar expressamente com o método a ser empregado, bem como com suas consequências.”

Nesse viés, confere-se que os dispositivos que regulam a gestação por substituição são escassos. A Resolução do Conselho Federal de Medicina tem caráter orientativo para a conduta moral e ética dos agentes médicos. As lacunas ainda deixam muitos questionamentos, cabendo ao judiciário utilizarem do Direito análogo e resoluções do CFM. Dessa forma, as partes envolvidas no contrato de gestação solidária não têm segurança jurídica, ficando à mercê da hermenêutica adotada pelo juiz perante o caso concreto.

3.2.4 Direito comparado

Em razão das lacunas na legislação brasileira sobre a gestação por substituição, busca-se amparo na legislação de outros países que possuem melhor desenvolvimento acerca do tema. São diferentes visões no que versa cessão do útero com intenção financeira, há países permissivos, permissivos com ressalvas, proibitivos e aqueles em que a legislação é omissa.

Carlos Ferreira de Almeida (1998) conceitua o direito comparado como uma disciplina jurídica que visa estabelecer semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas.

Nascimento (2021) auxilia na correlação o sistema jurídico estrangeiro ao afirmar que, como no Brasil, a Austrália, a Espanha e alguns estados dos Estados Unidos, consideram lícita a modalidade não onerosa da gestação por substituição. Outros países, por sua vez, não inibem a cessão do útero para fins comerciais, a título de exemplo está a Índia, o Cazaquistão, a África do Sul, a Ucrânia e alguns estados dos Estados Unidos.

Tiago Cordeiro (2022, *online*), em sua matéria para Gazeta do Povo, explica que “não há impedimento legal para contratar barrigas de aluguel fora do país, desde que a nação em questão autorize o procedimento. A Ucrânia está nessa lista.”. Em tempo, acrescenta que alguns países, é possível fazer a contratação, porém apenas àqueles residentes no país.

Cordeiro (2022) ainda menciona:

Contratar uma barriga de aluguel no exterior não significa infringir nenhuma lei brasileira, explica Luciana Munhoz. “Não há influência da legislação do Brasil sobre as crianças que nascem no exterior. Ela pode ser registrada no país onde nasceu, e também no Brasil, de forma a adquirir dupla nacionalidade. Do ponto de vista jurídico, é considerado um caso de adoção internacional”. (CORDEIRO, 2022, online).

A legislação é omissa quando não tem previsão expressa sobre o tema. Nesse sentido, segundo Nascimento (2021), a Argentina e a Tailândia estão à guisa de exemplos.

Como países que proíbem de forma expressa a cessão do útero, a França, Alemanha e Nova Zelândia. Nesse caso, “atribui-se a cedente do útero o título de mãe da criança.” (NASCIMENTO, 2021).

4 Considerações Finais

A abordagem do tema gestação por substituição nesse trabalho acadêmico, trouxe a percepção de que, apesar de ser bastante discutida entre doutrinadores e já ser previsto pelo Conselho Federal de Medicina, ainda carece de atenção do legislativo brasileiro.

É indiscutível que a gestação por substituição é uma prática presente no Brasil e já considerada comum em alguns países que possuem previsão legal a respeito. Considerando que o assunto envolve interesse relevante entre as partes e, de fato, atualmente é desenvolvido, necessita de segurança jurídica.

Esse vácuo jurídico-normativo, não acompanha os avanços da tecnologia e da sociedade contemporânea, não reconhece os novos conceitos de família. É inegável que a Resolução nº 2.294/21 entregou uma melhoria em comparação a resoluções posteriores, como a inclusão do dispositivo que admite a prática às pessoas solteiras e casais homoafetivos por exemplo. No entanto, é um progresso lento que necessita de maior movimentação.

Através do estudo, vislumbra-se que ato de gerar uma criança de outrem, confere-se o exercício da autonomia da vontade. A vedação constitucional (CF, 199 §4º) em comercializar órgão, tecido ou partes do corpo humano não está sendo desrespeitada quando se visualiza a cessão do útero, um empréstimo. Nessa seara, não se trata de dar parto alheio como próprio ou registrar filho de outrem (CP, 242), portanto, não seria considerado ilícito penal. Entende-se como, nada mais, que um negócio jurídico.

A gestação por substituição, representa uma alternativa ao direito fundamental do livre planejamento familiar. Poderia ser contemplado como um contrato atípico e de caráter não patrimonial, atribuindo à gestante a obrigação de entregar a criança, e aos autores do projeto parental, a obrigação de tutelar a mesma. O contrato se finda quando a filiação é estabelecida aos autores do projeto.

Portanto, entende-se que, asseguradas a dignidade da pessoa humana e autonomia particular da gestante, a cessão do útero para gestação de criança alheia, ainda que com fins comerciais, não deve ser considerada ilícita. Faz-se importante que a técnica seja mais reconhecida como uma realização pessoal àquelas pessoas que não conseguiram reproduzir de forma natural em razão de alguma incapacidade. Para tanto, é necessário que o direito acompanhe a ciência, suprimindo dogmas ultrapassados e fornecendo a segurança jurídica necessária as partes que assumem essa prática.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Introdução ao direito comparado, 2. ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 9.

ÁLVARES, Sophia Quintão. **Atuais modelos de família, proteção e espécies de filiação**. SlidePlayer, 2017. Disponível em: < <https://slideplayer.com.br/slide/5869110/>>. Acesso em: 14 de junho de 2022.

ALVES, Bruna Rodrigues. **ASCESE COMUNITÁRIA: A AUTONOMIA DE VONTADE COMO PILAR DE DESCONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO**. TCC (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário Sociesc de Blumenau – UNISOCIESC, 2021. Blumenau, 73 p, 2021. Disponível em: < <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15083/1/ASCESE%20COMUNIT%C3%81RIA%20A%20AUTONOMIA%20DE%20VONTADE%20COMO%20PILAR%20DE%20DESCONGESTIONAMENTO%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO..pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2022.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BOMFIM, Cristiane (Agência Einstein). **“O que saber sobre Barriga Solidária, que virou tema da novela Amor de Mãe”**. Veja Saúde, 3 mar. 2020. Medicina. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-e-barriga-solidaria-amor-de-mae/>>. Acesso em 14 de junho de 2022.

CABRAL, H.L.T.B; PIMENTEL, D.D.F.A; CARVALHO, L.G.T.P. **Conflito de maternidade na cessão temporária do útero**. Lex Magister editora S/A. Disponível em: <http://www.codigoslex.com.br/doutrina_27154933_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

COELHO, G. et al. **“O que é fertilização in vitro?”**. IVI S.L, 2022. Disponível em: <<https://ivi.net.br/tratamentos-reproducao-assistida/fertilizacao-in-vitro/>> . Acesso em 07 de junho de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.294/21**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 05 de maio de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução nº 196/1996**. Aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: < https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html>. Acesso em 16 de maio de 2022.

CORDEIRO, Tiago. **Barriga de aluguel na Ucrânia custa US\$ 63 mil**. Entenda os dilemas éticos da prática. Gazeta do Povo, Paraná, 07 abril. 2022. Vida e Cidadania. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/barriga-de-aluguel-ucrania-dilemas-eticos/>>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

COSTA, Raíssa Mendonça da. **DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA PENSÃO GRAVÍDICA**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2019. Tese, 18 p. e Curso de Pós Graduação Lato Sensu. Disponível em <

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/pdf/RaissaMendoncaCosta.pdf>. Acesso em 14 de junho de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 11ª. Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. vol. 6.

FERREIRA, Felipe. **Possibilidade Jurídica da Cessão Temporária do Útero no Direito Brasileiro**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://felipelferreira.jusbrasil.com.br/artigos/328060018/possibilidade-juridica-da-cessao-temporaria-do-utero-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 14 de junho de 2022.

HUNTINGTON PRÓ-CRIAR. **CASAIH HOMOAFETIVOS**. Fertilização In Vitro para Casais Homoafetivos. Disponível em: <<https://www.procriar.com.br/tratamentos/casais-homoafetivos/>>. Acesso em: 14 de junho de 2022.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011.

NASCIMENTO, Andressa Lobo. **BARRIGA DE ALUGUEL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS**. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, UniEVANGÉLICA. Anápolis, p. 50. 2021. Disponível em: <<file:///C:/Users/victo/Documents/Faculdade/Direito/TCC/Andressa%20Lobo.pdf>>. Acesso em 21 de junho de 2022.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 3, n. 25, 24 jun. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1854>>. Acesso em 23 junho de 2022.

RODRIGUES, M.S; PELLIZZONI, N.T. **A Inseminação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-inseminacao-artificial-post-mortem-e-o-direito-sucessorio/>>. Acesso em 06 de junho de 2022.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: Questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUZA, Marise Cunha de Souza. **As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética**. Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, p. 350-351, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

TRUFFI, Giovanna. **Arpen/SP - A legalidade da gestação por substituição**. ANOREG, 2022. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/73882/strongarpensp-a-legalidade-da-gestacao-por-substituicaostrong>>. Acesso em 14 de junho de 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, Vol. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo **Direito civil: direito de família**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, Vol. 6.